

*Rotterdam Institute of Private Law  
Accepted Paper Series*

***Deskundige  
schadevaststelling***

*S.D. Lindenberg<sup>\*</sup>*

*Published in  
'Vaststelling van schade en de rol van de deskundige daarbij'*

---

<sup>\*</sup> Siewert Lindenberg is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

# 1. Jedermann weiss, was Schaden ist...

Wie de omvang van schade wil vaststellen zal zich eerst de vraag moeten stellen wat schade eigenlijk is en hoe zij moet worden begroot. De wet is daarover bondig. Schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat volgens art. 6:95 BW uit 'vermogensschade' en 'ander nadeel'. Vermogensschade omvat volgens art. 6:96 BW geleden verlies, gederfde winst en enkele kostenposten.<sup>1</sup> Art. 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is; voor ander nadeel is dat 'naar billijkheid' (art. 6:106 BW). Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat. En art. 6:105 BW bepaalt dat begroting van nog niet ingetreden schade door de rechter kan worden uitgesteld of bij voorbaat kan geschieden. Procedurele regels van schadevaststelling kent de wet in art. 612 e.v. Rv: de rechter begroot voor zover hem dit mogelijk is de schade in het vonnis waarin hij de veroordeling tot vergoeding uitspreekt. Is hem dat niet mogelijk dan spreekt hij een veroordeling uit tot schadevergoeding op te maken bij staat (art. 613 e.v. Rv).

De wettelijke regeling blinkt uit in beknoptheid, en laat dan ook veel onbesproken.<sup>2</sup> Zo zijn de contouren van het begrip schade wel heel ruw geschetst en blijven er tal van andere vragen onbeantwoord. De rechter – die overigens zowel ten aanzien van regels inzake bewijs als ten aanzien van schatting een grote vrijheid heeft<sup>3</sup> – moet hier zelf zijn weg vinden en behoeft de gekozen route ook maar beperkt te motiveren. Hij krijgt daarbij weinig aanwijzingen van de Hoge Raad, omdat die als regel hanteert dat alleen wordt getoetst of de rechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip schade of ter zake van de wijze van begroting en daarmee in feite vanaf de zijlijn toeziet.<sup>4</sup> Dat houdt in dat vooral toetsbaar is of de rechter de schade op de juiste wijze heeft gekwalificeerd (bijvoorbeeld vermogensschade of ander nadeel) en of hij op de juiste wijze heeft begroot (bijvoorbeeld terecht tot schatting is overgegaan of niet)<sup>5</sup>, maar dat de rechter voor het overige in hoge mate vrij is in zijn beoordeling van de schade.

Hoewel de geschetste regeling op zichzelf helder is, gaat zij grotendeels voorbij aan de vraag wat schade eigenlijk is. Wie zich die vraag stelt bevindt zich onmiddellijk aan de bron van het probleem. Dat is treffend verwoord door Schlechtriem:

'Jedermann weiss, was Schaden ist – nur die Juristen offenbar nicht.'<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Ook elders in de wet vindt men nog wel relevante bepalingen met betrekking tot schade, zoals bijv. art. 6:119 BW dat de schade wegens vertraging in de voldoening van een geldsom fixeert op de wettelijke rente.

<sup>2</sup> Zie in dit verband over schadebegroting *Mon. BW B35* (Klaassen), nr. 2 e.v.

<sup>3</sup> Zie over enkele beperkingen van deze vrijheid (wettelijke fixatie, boetebeding, limitering etc.) Oosterveen 2007 (*T&C BW*), art. 96, aant. 1. En zie kritisch over deze grote vrijheid van de rechter G. De Groot en A.J. Akkermans in hun hierna opgenomen bijdrage.

<sup>4</sup> HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 567 (ENCI/Lindelauf); HR 15 november 1996, *NJ* 1998, 314 m.nt. F.W. Grosheide (Hertzano/Simon) en voor immateriële schade HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O).

<sup>5</sup> Vgl. bijv. kritisch op dit punt HR 25 oktober 2002, *NJ* 2003, 171 m.nt. M. Scheltema (Verhoeven/Lammers). Zie voor een recente toetsing van een schatting HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 407 (De Oorsprong/Utrecht).

<sup>6</sup> P. Schlechtriem, *Schadensersatz und Schadensbegriff*, *ZEuP* 1997, p. 232.

De kern van de kwestie is dat de invulling van het begrip schade afhankelijk is van de juridische normen die het kader stellen en dat daardoor onder juristen een weinig eenduidig beeld bestaat van wat schade is. Daar komt nog bij dat het begrip schade zich bij uitstek bevindt op het grensvlak tussen recht en feiten. Het begrip speelt een rol bij de toepassing van rechtsregels en bij die toepassing moet telkens een vertaalslag worden gemaakt naar de feiten. Dat betekent dat vaststelling van schade eigenlijk telkens niet alleen een feitelijk element (welke feitelijke verandering heeft zich voorgedaan?) in zich bergt, maar ook telkens een normatief karakter heeft (wat betekent dat voor het recht op vergoeding?). Juist dit gemengde karakter van het begrip schade brengt mee dat de vaststelling van het bestaan en van de omvang ervan problematisch is, maar ook dat de taakverdeling tussen rechter en deskundige dat is: zij bewegen zich vrijwel per definitie op hetzelfde vlak, hoezeer men de taken ook uiteen zou willen houden.

Bij wijze van inleiding zal hierna eerst worden geschetst wat de contouren zijn van het begrip schade – of beter: van de *verschillende* begrippen schade – die het recht kent. Daarna zal ik iets zeggen over de vertaalslag van de feiten naar het recht en over kwesties van abstractie en normering.

Schade is niet een begrip dat zonder context kan bestaan, dat wil zeggen, het heeft geen zin om te zoeken naar een definitie van ‘schade’ die alle rechtens relevante elementen omvat, zonder te bezien in welk kader men die definitie nodig heeft. Om het iets concreter te maken: omdat de vraag naar de betekenis van het begrip schade in het recht telkens en alleen opkomt in het kader van de vraag naar vergoeding ervan, bepaalt die vraag ook de inhoud van het begrip. En om dat nog wat concreter te maken: het betekent dat voor de invulling van het begrip schade steeds moet worden bezien wat de *grondslag* is waarop het recht op schadevergoeding berust.<sup>7</sup> Op dit punt dient een belangrijk eerste onderscheid te worden gemaakt tussen de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding en verplichtingen tot schadevergoeding die als primaire verplichting uit overeenkomst voortvloeien. In het eerste geval is men voor de invulling van het begrip schade immers op de wettelijke regels aangewezen; in het tweede geval kan men zelf inhoud geven aan het begrip en wordt de inhoud uiteindelijk bepaald door uitleg van hetgeen is overeengekomen. Dat onderscheid heeft dus fundamentele gevolgen voor de vormgeving, inhoud en uitleg van het begrip schade.<sup>8</sup>

## 2. Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, een normatief kader

De wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, dat wil zeggen verplichtingen die hun oorsprong rechtstreeks in de wet vinden, hebben doorgaans als bron een vorm van onrechtmatig handelen of tekortschieten, een normschending dus.<sup>9</sup> Men denke aan de

<sup>7</sup> Ik laat hier rusten de dogmatische kwestie of schade een (zuiver) normatief begrip is. Zie daarover *Mon. Nieuw BW B34* (Bloembergen/Lindenbergh), nr. 32. Evident is in elk geval dat in het juridische debat vooral de vraag naar de *te vergoeden* schade speelt en dat die kwestie niet los kan worden gezien van de grondslag van de aansprakelijkheid.

<sup>8</sup> In het wettelijke schadevergoedingsrecht gaat het immers om wetsuitleg en in het verzekeringsrecht om uitleg van een contractuele prestatieplicht.

<sup>9</sup> Zie voor een eigensoortige regeling van de schade bij onteigening art. 40 Onteigeningswet, alsmede de bijdrage van Scheltema en Storm.

verplichtingen uit onrechtmatige daad en de kwalitatieve aansprakelijkheden, alsmede aan de aansprakelijkheid wegens tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit overeenkomst (wél te onderscheiden van de hierna te bespreken gevallen waarin de verbintenis uit overeenkomst zelf bestaat uit een verplichting om schade te dekken). Deze bron is van wezenlijke betekenis voor beantwoording van de vraag wat onder schade moet worden verstaan, omdat vergoeding van schade hier de rol heeft om de gevolgen van onrechtmatig handelen ongedaan te maken, althans te herstellen of te compenseren.<sup>10</sup> Als uitgangspunt pleegt immers te gelden dat degene die van ander-mans fout (onrechtmatige daad of ‘wanprestatie’) nadeel ondervindt zoveel mogelijk in de positie dient te worden gebracht waarin hij zonder de fout zou hebben ver-keerd.<sup>11</sup> De ratio daarvan is dat de gevolgen van de schending van het recht dienen te worden weggenomen, een (secundaire) vorm van rechtshandhaving. Met dit vertrek-punt tekenen zich de eerste contouren van dit begrip schade af: het gaat om het ver-schil tussen twee situaties: de situatie zoals die er thans is (en voorzover de schade de toekomst raakt, zoals die in de toekomst vermoedelijk zal zijn) enerzijds, en de situa-tie zoals die er zonder de normschending vermoedelijk zou zijn geweest anderzijds.<sup>12</sup> Om tot de vaststelling van schade te komen dient eerst deze stap te worden gezet: wat is het *perspectief* dat voor de invulling van het begrip moet worden gekozen? De Ho-ge Raad heeft op dit punt voor verschillende grondslagen het perspectief geformu-leerd.

Zo geldt bij onrechtmatige daad dat ‘voor de bepaling van de omvang van de schade-vergoeding (...) moet worden uitgegaan van een vergelijking van de situatie waarin de benadeelde als gevolg van de onrechtmatige daad verkeert, met de situatie waarin hij zonder de onrechtmatige daad zou hebben verkeerd’.<sup>13</sup> Bij niet-nakoming van een verbintenis ‘moet de schade worden begroot op basis van de vermogensvermindering die ten tijde van de niet-nakoming door de tot de prestatie gerechtigde is geleden ten opzichte van de situatie waarn hij zou zijn geraakt bij behoorlijke nakoming’.<sup>14</sup> Bij ontbinding wegens niet-nakoming geldt als regel dat ‘de omvang van deze schadever-goeding moet worden vastgesteld door met elkaar in vergelijking te brengen, ener-zijds, de hypothetische situatie waarin de schuldeiser zou hebben verkeerd bij een in alle opzichten onberispelijke wederzijdse nakoming en, anderzijds, de feitelijke situa-tie waarin de schuldeiser na ontbinding van de overeenkomst verkeert (in voorkomen-de gevallen: na afwikkeling van de, uit art. 6:271 BW voortvloeiende, verbintenissen tot teruggave dan wel ongedaanmaking)’.<sup>15</sup> Bij onbevoegde vertegenwoordiging leert de Hoge Raad dat de schade die de onbevoegde vertegenwoordiger aan de derde dient

<sup>10</sup> Aldus *Mon. Nieuw BW B-34* (Bloembergen/Lindenbergh) 2001, nr. 4 e.v.

<sup>11</sup> Dat betekent per definitie dat de schade onmiskenbaar is verbonden aan de persoon van de eiser en dat ‘maatschappelijke schade’, voorzover deze geen plaats heeft in het vorderingsrecht van de benadeelde (of van derden met een eigen vorderingsrecht), buiten beschouwing blijft. Zie over alternatieve gedachten op dit punt de bijdrage van Faure en Visscher hierna, onder 2.3.

<sup>12</sup> Zie uitvoerig A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. Utrecht, Deventer 1965, nr. 7 e.v. Akkermans refereert in dit kader aan de ‘vergelijkingshypothese’, zie hiervoor de bijdrage van G. de Groot en A.J. Akkermans.

<sup>13</sup> HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 168 (Interplant/Oldenburger).

<sup>14</sup> HR 26 april 2002, *NJ* 2004, 210 m.nt. Jac. Hijma (Sparrow/Van Beukering).

<sup>15</sup> HR 24 september 2004, *NJ* 2006, 201 (Muijlaert/Moes).

te vergoeden ‘mede het voordeel omvat dat de niet tot stand gekomen overeenkomst voor de derde zou hebben meegebracht (het zogeheten positief contractsbelang).’<sup>16</sup>

Het laatste voorbeeld brengt goed tot uitdrukking dat de normschending niet alleen het fundament vormt voor de schadevergoeding, maar ook het perspectief bepaalt dat bij de vaststelling van de schade tot uitgangspunt moet worden genomen. Omdat de fout bestaat uit onbevoegde vertegenwoordiging en de norm (art. 3:70 BW) stelt dat de degene die als gevolgmachtigde handelt *instaat* voor zijn bevoegdheid, wordt de omvang van zijn aansprakelijkheid – en daarmee de maatstaf voor de te vergoeden schade – bepaald vanuit het perspectief dat een toereikende volmacht zou hebben bestaan. Dat betekent dat daarin in beginsel mede moet worden betrokken het voordeel dat de niet tot stand gekomen rechtshandeling voor de gedupeerde zou hebben meegebracht (‘positief belang’). De Hoge Raad lijkt de betekenis van de normschending vervolgens ook door te trekken naar de bewijsposities: de wederpartij hoeft niet te stellen of te bewijzen dat de beoogde overeenkomst zou zijn nagekomen, de onbevoegde vertegenwoordiger die zich erop beroept dat de overeenkomst *niet* zou zijn nagekomen, draagt terzake de stelplicht en bewijslast.<sup>17</sup>

Het gaat bij vaststelling van schade bij wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding dus in de eerste plaats om vaststelling van de vertrekpunten die het *perspectief* voor de begroting bepalen. Een complicatie daarbij is dat schadevaststelling in de praktijk een momentopname vergt, terwijl de beide ‘situaties’ in werkelijkheid in de tijd gezien doorgaans als ‘moving targets’ zijn aan te merken. De situatie zonder de normschending laat zich immers naar verschillende momenten meten: ten tijde van de normschending en op latere tijdstippen.<sup>18</sup> Voor de situatie mét de normschending geldt hetzelfde. Aldus moet schade die zich over de toekomst uitstrekt worden vastgesteld aan de hand van twee – beiden onzekere – lijnen.<sup>19</sup>

Met name bij vaststelling van schade door verlies aan arbeidsvermogen als gevolg van letsel doet dit probleem zich in volle omvang gevoelen.<sup>20</sup> Het verloop van beide lijnen in de toekomst brengt immers mee dat niet alleen moet worden getaxeerd hoe de situatie zich in de toekomst zou hebben ontwikkeld, respectievelijk zal ontwikkelen, maar ook dat telkens een schifting moet worden gemaakt tussen invloeden op de ontwikkeling die aan de normschending zijn toe te schrijven en ontwikkelingen ten aanzien waarvan dat niet op zijn plaats is. Bij het eerste (inschatting van de toekomstige ontwikkelingen) ‘komt het aan op de redelijke verwachting van de rechter omtrent toekomstige ontwikkelingen’.<sup>21</sup> Ook in dit verband heeft het feit dat de schade moet worden gezien in het licht van de normschending overigens betekenis. Zo mogen vol-

<sup>16</sup> HR 28 maart 1997, *NJ* 1997, 454 (Wisman/Trijber).

<sup>17</sup> HR 20 februari 2004, *NJ* 2004, 454 (Vreeswijk/Van Heeckeren) en HR 8 oktober 2004, *NJ* 2006, 478 m.nt. Jac. Hijma (Van de Kamp/Van der Veer). Zie over deze bewijslastverdeling kritisch de noot van Hijma, die stelt dat het hier gaat om een kwestie van causaliteit ter zake waarvan stelplicht en bewijslast in beginsel op de eiser rusten. Zie in dit opzicht ook de hierna opgenomen bijdrage van D. de Groot en A.J. Akkermans, die van oordeel zijn dat het juist is om als uitgangspunt te nemen dat de wettelijke regels van stelplicht en bewijs bij de schadevaststelling wél gewoon van toepassing zijn.

<sup>18</sup> Zie over het tijdaspect van schade ook de hierna opgenomen bijdrage van Joling.

<sup>19</sup> Zie hierover beeldend A.J. Akkermans, ‘Causaliteit bij letselschade en medische expertise’, *TVP* 2003, p. 93 e.v.

<sup>20</sup> Zie uitvoerig T. Hartlief, ‘Prognoses in het personenschaderecht’, *AV&S* 2005, p. 159 e.v.

<sup>21</sup> Aldus HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624 (Vehof/Helvetia).

gens de Hoge Raad ‘aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen (...) geen strenge eisen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde in de toekomst zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad: het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die situatie zou zijn geschied.’<sup>22</sup>

Vervolgens zullen de contouren van het perspectief op de schade steeds nader moeten worden ingevuld, bijvoorbeeld: welke factoren zijn beslissend voor de invulling van het verschil tussen – kort gezegd – de situatie mét en de situatie zonder de normschending en welke blijven buiten beschouwing? Het gaat hier veelal om vragen die in de sleutel van het causaal verband worden geplaatst.<sup>23</sup> En ook hier is dat laatste van betekenis voor de invulling. De normschending vormt in de eerste plaats het aanvangspunt voor de vergelijking. Zo dient eerst aan de hand van de *condicio sine qua non*-test te worden vastgesteld of een omstandigheid vanuit een oogpunt van logica mag worden aangemerkt als gevolg van de normschending. Reeds op dit punt kan een waardering noodzakelijk zijn die van betekenis is voor de vaststelling van de schade. Een mooi voorbeeld daarvan vormt een recente zaak waarin het ging om een aandelenverkoop waarbij aan bindend adviseurs (accountants) een koopintentieverklaring was verzwegen. De Hoge Raad geeft daar het kader voor de schadevaststelling aan:

*‘De schade bestaat uit het verschil tussen de door de accountants vastgestelde koop prijs en de koopprijs die de accountants zouden hebben vastgesteld indien zij kennis zouden hebben gedragen van de koopintentieverklaring. In een geval als het onderhavige zal de rechter, ter vaststelling van dit laatste, hypothetische gegevens, aan de hand van alle beschikbare gegevens zo goed mogelijk een schatting moeten maken van het belang dat de bindend adviseurs aan de koopintentieverklaring zouden hebben gehecht, en aan de hand daarvan moeten beoordelen of aannemelijk is dat de deskundigen tot een hogere prijsvaststelling zouden zijn gekomen dan zij in feite hebben gedaan. Indien hij deze vraag bevestigend beantwoordt, dient de rechter de omvang van de schade te begroten op de voet van art. 6:97 BW.’*<sup>24</sup>

Uit de ontwikkelingen op het gebied van het bewijsrecht blijkt overigens dat op dit punt ook in ander opzicht meetelt dat de normschending het referentiepunt is. Men denke aan de zogenaamde ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband, die mede is gebaseerd op de strekking van de in casu geschonden norm<sup>25</sup>, maar ook aan de proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, waarbij de aard van de geschonden norm volgens de Hoge Raad van betekenis is voor de toepassing van deze figuur.<sup>26</sup> Maar ook wanneer het *condicio sine qua non*-verband eenmaal wordt aangenomen, vormt de normschending een relevante factor bij de selectie van om-

<sup>22</sup> HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (Vehof/Helvetia), rov. 3.5.2, slot.

<sup>23</sup> Vgl. T. Hartlief, AV&S 2005, p. 162 e.v. Zie over de subtiële verwevenheid van schadebegroting en causaal verband ook de noot van Hijma onder HR 28 januari 2005, NJ 2008, 55 (Burger/Brouwer Motors).

<sup>24</sup> HR 8 april 2005, NJ 2005, 371 (Van de Ven/Van de Ven).

<sup>25</sup> Zie uitvoerig A.J. Akkermans, *De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband*, Oratie Amsterdam (VU), Den Haag 2002.

<sup>26</sup> HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328 (Nefalit/Karamus).



standigheden die bij het in kaart brengen van het ‘schadeverloop’ een rol spelen. Het gaat hier om de toerekening van art. 6:98 BW, waarbij de aard van de aansprakelijkheid één van de relevante gezichtspunten vormt.

Het voorgaande laat zien dat de juridische context in hoge mate bepalend is voor de inhoud van het begrip schade. Niet alleen vormt de grondslag waarop het recht op schadevergoeding berust de bron voor het te kiezen perspectief, de normschending blijkt ook van betekenis voor het bewijs en voor de selectie van in aanmerking te nemen omstandigheden. In die zin is schade dus bij uitstek een juridisch begrip.<sup>27</sup>

De wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding hebben in hun uitwerking nog een ander belangrijk kenmerk, dat meer de procedure van afwikkeling betreft. De wet kent, afgezien van de algemene procesrechtelijke bepalingen inzake het voeren van civiele procedures nauwelijks regels die het regime voor de afwikkeling van schade vormgeven. Hier staan partijen tegenover elkaar als eiser en gedaagde en dient in een contentieus debat veelal iedere centimeter terrein ten opzichte van de ander te worden bevochten. Hoewel dit proces wel wordt aangeduid als het ‘toernooimodel’, heeft het in de praktijk niet steeds de kenmerken van een ridderlijk steekspel.<sup>28</sup> De regel dat schuldeiser en schuldenaar tot elkaar staan in een verhouding die door redelijkheid en billijkheid wordt beheerst (art. 6:2 BW), lijkt daardoor veeleer een wens van de wetgever dan een praktische leidraad voor de afwikkeling van schade. Het is niet verwonderlijk dat maatschappelijk belanghebbenden hier – bij gebrek aan normstelling door de wetgever – met behulp van afspraken trachten geschillen te modelleren.<sup>29</sup>

Overigens kunnen partijen, wanneer zij tot elkaar in een contractuele verhouding staan de geschilbeslechtingsroute ook ex ante hebben vormgegeven, bijvoorbeeld in de vorm van een arbitraal beding.<sup>30</sup>

### 3. Contractuele schadevergoedingsplichten, een kwestie van partijautonomie

Zoals hiervoor is aangegeven is voor de invulling van het begrip schade van primaire betekenis wat de bron is waaruit de verplichting tot vergoeding van de schade voortvloeit. Dat geldt ook, en wellicht nog sterker, voor verplichtingen tot schadevergoeding die rechtstreeks uit een overeenkomst voortvloeien, in die zin dat de schadevergoeding niet de sanctie is op niet-nakoming van een contractuele verplichting, maar schadevergoeding juist de primaire verplichting is waartoe de overeenkomst verbindt. Men denke aan de verschillende vormen van ‘first party’ verzekeringen, zoals arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, brandverzekeringen, reisverzekeringen, ongevalverzekeringen et cetera, die (mede) beogen schade te dekken. In deze gevallen is telkens in essentie overeengekomen dat de verzekeraar aan de verzekerde onder be-

<sup>27</sup> Zie over de controverse in de doctrine of schade een feitelijk dan wel een normatief begrip is Bloembergen/Lindenbergh, nr. 32, met verdere verwijzingen.

<sup>28</sup> Zie bijvoorbeeld over de risico’s van formalisering van de positie van de deskundige in dit verband de hierna opgenomen bijdrage van Smele.

<sup>29</sup> Zie voor een voorbeeld de Gedragscode Behandeling Letselschade, [www.letselcode.nl](http://www.letselcode.nl).

<sup>30</sup> Zie over deze in de bouw gangbare praktijk de hierna opgenomen bijdrage van Chao-Duivis.

paalde omstandigheden bepaalde schade vergoedt. Dat betekent dat partijen – binnen de grenzen van wat wettelijk geoorloofd is<sup>31</sup> – te zamen<sup>32</sup> niet enkel beslissen onder welke omstandigheden een verplichting tot betaling ontstaat, maar eveneens waartoe die verplichting zich uitstrekt. Hier moet de inhoud van het begrip schade (als die term tenminste wordt gebruikt) volgens de lijnen van art. 6:248 BW worden vastgesteld aan de hand van wat partijen zijn overeengekomen. Dat is in de eerste plaats een kwestie van uitleg<sup>33</sup> en in de tweede plaats van aanvulling door wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid. Daarbij kan de regeling van de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding hooguit als bron van inspiratie dienen.<sup>34</sup>

Het contractuele regime (van uitleg en aanvulling) geldt niet alleen voor de invulling van het begrip schade, maar evenzeer ten aanzien van daaraan verwante begrippen zoals causaal verband<sup>35</sup> en ook ten aanzien van de procedure van vaststelling van schade en eventueel ten aanzien van de afwikkeling van conflicten, bijvoorbeeld in de vorm van arbitrage of bindend advies. Een belangrijk kenmerk van het contractuele regime is dus dat partijen *samen* en *vooraf* invulling kunnen geven aan het begrip schade, aan relevante componenten en aan aspecten van afwikkeling. Zo kunnen zij van tevoren overeenkomen wat de waarde van een zaak is ‘vóór de gebeurtenis’, wat de maatstaven zijn aan de hand waarvan het verlies moet worden vastgesteld, wie de tot waardering bevoegden zijn en aan wie uiteindelijk beslissingsbevoegdheid toekomt.<sup>36</sup> Naarmate de invulling van deze kwesties evenwel meer eenzijdig is opgelegd, zal er meer ruimte zijn voor rechterlijke toetsing van de uitwerking en toepassing van het overeengekomene.<sup>37</sup>

De contractuele route leidt dus niet alleen in materieel, maar ook in procedureel opzicht tot een wezenlijk ander beoordelingskader dan het wettelijke kader dat afdeling 6.1.10 BW en het daarop voortbouwende contentieuze civiele geschil bieden. Een en ander heeft – uiteraard – ook betekenis voor de rol van en eventuele vraagstelling aan deskundigen, omdat bijvoorbeeld de causaliteitscriteria inhoudelijk wezenlijk kunnen verschillen.<sup>38</sup>

<sup>31</sup> Zie over de betekenis van het indemniteitsbeginsel bij brandverzekering uitvoerig de bijdrage van Drion.

<sup>32</sup> Althans in theorie, bij verzekeringen biedt de verzekeraar doorgaans een door hem zelf gemodelleerd product aan.

<sup>33</sup> Vgl. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Haviltex).

<sup>34</sup> Vgl. HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 281 m.nt. M.M. Mendel (Centraal Beheer/Forbo), waarin het hof met instemming van de Hoge Raad art. 6:96 BW bij de uitleg van een polisbepaling betreft.

<sup>35</sup> Aldus uitdrukkelijk HR 8 juli 1993, *NJ* 1994, 210 m.nt. M.M. Mendel (Hoogenboom/Unigarant). Zie voorts over deze problematiek A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht*, diss. Rotterdam, Deventer 2006. Zie recent over arbeidsongeschiktheidsverzekeringen E.J. Wervelman, ‘De berekening van de mate van arbeidsongeschiktheid bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen’, *AV&S* 2006, 31, p. 192 e.v.

<sup>36</sup> Zie bijv. over brandverzekering de hierna opgenomen bijdrage van Drion.

<sup>37</sup> Zie daarover de bijdrage van Wansink. Zie voor een recent voorbeeld Hof Arnhem, 5 juni 2007, *LJN* BB0842, waarin het ging om een in het kader van een brandoorzaakonderzoek afgebroken boerderij, waardoor de verzekerde was benadeeld in zijn bewijspositie met betrekking tot de oorzaak van de brand. Het Hof neemt hier een bijzondere zorgplicht van de verzekeraar aan voor de belangen van de verzekerde.

<sup>38</sup> Zie daarover A.J. Akkermans, ‘Causaliteit bij letselschade en medische expertise’, *TVP* 2003, p. 93 e.v. die wijst op de wezenlijke verschillen tussen de causaliteitscriteria van afdeling 6.1.10 BW, de sociale zekerheid en first party-verzekeringen.



In theorie kunnen partijen overigens ook voorafgaand aan het intreden van de eerder beschreven wettelijke verplichting tot schadevergoeding een contractuele regeling treffen op het punt van de schadevergoeding, maar in de praktijk zal dat uitzondering zijn.<sup>39</sup> Partijen kunnen natuurlijk ook *nadat* een wettelijke verplichting tot schadevergoeding is ontstaan overgaan tot het maken van afspraken over het proces van vaststelling of meer concreet ter zake van de omvang van de schade, zoals bij een vaststellingsovereenkomst, maar het zal duidelijk zijn dat de verhouding tussen partijen dan veelal zal zijn ‘gekleurd’ (vertroebeld) door het feit dat schade is toegebracht.

#### 4. De vertaalslag van de feiten naar het recht, de rol van deskundigen

De hiervoor geschetste kaders van het begrip schade – of beter: van de verschillende begrippen schade – laten zien dat de rechtsregels telkens het gereedschap aanreiken om de feiten te benaderen. Vervolgens komt het aan op een selectie en waardering van de relevante feiten.<sup>40</sup> Voor deze twee activiteiten biedt het materiële recht weinig aanknopingspunten: er bestaan nauwelijks regels over en er is ook weinig rechtspraak over het eigenlijke proces van vaststelling van schade. Dit geldt zowel voor de wettelijke als voor de contractuele schadevergoedingsverplichtingen, zij het voor de laatste in mindere mate naarmate partijen aan het vaststellingsproces invulling hebben gegeven.

Het traject van vaststelling bevat verschillende stadia, die telkens deels feitelijk, maar deels ook normatief zijn. Vanwege de complexiteit zullen partijen en de rechter bij de vaststelling van schade veelal zijn aangewezen op de hulp van deskundigen. Idealiter is de taakverdeling tussen rechter en deskundigen aldus dat de deskundigen informeren en de rechter waardeert, maar in de praktijk zijn die activiteiten niet goed te scheiden, omdat selectie van informatie en kwantificering beiden een normatief karakter hebben.<sup>41</sup> Ik schets ter illustratie twee terreinen waarop deze problematiek in het kader van de schadevaststelling speelt.

Notoir lastig zijn de gevallen waarin verlies aan arbeidsvermogen als gevolg van een ongeval moet worden vastgesteld.<sup>42</sup> Alleen al het verband tussen normschending en schade kent hier verschillende feitelijke schakels: is er sprake van ziekte, in welke mate leidt deze tot arbeidsongeschiktheid, in hoeverre leidt dit tot verlies arbeidsvermogen en hoe wordt de vergoeding ter zake begroot?<sup>43</sup> Het nemen van deze stappen is bij uitstek problematisch als het gaat om ongevallen die worden gevolgd door zogenaamde ‘vage klachten’ die niet eenvoudig zijn te herleiden tot een ziektebeeld dat in

<sup>39</sup> Zie hierover en over mogelijke contractuele schadevergoedingsregelingen H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, diss. Leiden, Deventer 1999, p. 51 e.v.

<sup>40</sup> Zie over de waardering van schade door bodemverontreiniging, waar naast de herstelkosten het stigma-effect een belangrijke rol speelt, de bijdrage van Van de Griendt.

<sup>41</sup> Zie over deze problematiek in verband met de rol van de medisch deskundige nader de bijdrage van Hartman en Dekker, alsmede de bijdrage van Giard hierna.

<sup>42</sup> Zie hierover nader de bijdrage van Van Dort.

<sup>43</sup> Ik laat dan nog buiten beschouwing hoe het verloop zonder het ongeval zou zijn geweest en welke looptijd voor de schade moet worden gekozen.

de medische sfeer erkenning heeft gekregen.<sup>44</sup> Men denke bij voorbeeld aan ‘whiplash’ en ‘rsi’. Hier zijn op het feitelijke vlak verschillende hobbels te nemen.<sup>45</sup> In de eerste plaats gaat het om de vraag wat de feitelijke toestand is waarin de gelaedeerde na de normschending verkeert. In de tweede plaats zal moeten worden vastgesteld in hoeverre deze toestand het gevolg is van het ongeval. Maar bovendien zal moeten worden vastgesteld welke uitwerkingen eventuele beperkingen van de gelaedeerde hebben op diens leven, bijvoorbeeld ten aanzien van zijn arbeidsvermogen. Deze vragen moeten bovendien niet alleen worden beantwoord voor het moment, maar tevens zal een inschatting moeten worden gemaakt van de toekomstige ontwikkelingen. De rechter zal daarbij de hulp van medici nodig hebben, maar loopt dan per definitie in de fuik van de begripsverwarring.<sup>46</sup> De rechter ziet zich geplaatst voor een normatief oordeel waarvoor de bouwstenen moeten worden aangereikt door een deskundige die veelal een meer natuurwetenschappelijke achtergrond heeft, en die veelal niet is geschoold om te kwalificeren met het oog op het normatieve oordeel van de rechter, maar veeleer met het oog op de curatieve taak van de arts.<sup>47</sup> Dit probleem is niet te voorkomen, men kan er slechts op bedacht zijn en er behoedzaam mee omgaan.

Bij schade aan zaken of bij onteigening is de rol van de deskundige doorgaans meer beperkt, maar heeft deze juist veel meer een waarderend karakter. Het is dan ook niet verrassend dat de rechter zich hier veelal in hoge(re) mate op het waarderingsoordeel van de deskundige verlaat.<sup>48</sup> Weliswaar kan de rol van de deskundige ook bij de vaststelling van zaakschade een informatief karakter hebben, bijvoorbeeld doordat de deskundige informatie verstrekt over de waarde van vergelijkbare zaken, maar zijn rol gaat hier meestal verder. Men denke aan vragen als: in hoeverre is een zaak beschadigd of als ‘total loss’ aan te merken, wat kost reparatie of een vervangende zaak, et cetera.

Wellicht vanwege het ontbreken van materiële normen, maar misschien ook door de aard van de problematiek, komt de nadruk bij de vaststelling van schade veelal te liggen op procedurele kwesties. Het gaat dan om vragen als: wie is op welk terrein deskundig? Wie is voldoende onafhankelijk? Moet er één deskundige worden benoemd of meer? Waarover dient de deskundige precies te informeren en aan de hand van welke vragen? Worden partijen in de gelegenheid gesteld hun visie op het oordeel van de deskundige naar voren te brengen? Motiveert de rechter zijn oordeel voldoende en voldoende zelfstandig ten opzichte van het oordeel van de deskundige? Hoewel we dat misschien graag anders zouden zien, valt er waarschijnlijk ook niet veel beter inhoud te geven aan dit onderdeel van de schadevaststelling. Voor de taak van de rechter betekent dit dat zijn rol – deels – verschuift van die van beoordelaar naar spelleider.

<sup>44</sup> Zie hierover de bijdrage van Giard.

<sup>45</sup> Zie over betekenis hiervan voor de bewijslast bijv. A-G Spier in zijn conclusie voor HR 23 juni 2006, *NJ* 2007, 354, *JAR* 2006, 174 (Havermans/Luyckx), onder 4.6 e.v.

<sup>46</sup> Zie over complicaties op dit punt A.J. Van, ‘Vraag het aan de deskundige! Maar hoe?’, *TVP* 2003, p. 105 e.v.

<sup>47</sup> Om deze reden wordt bijvoorbeeld uitdrukkelijk gewaarschuwd tegen gebruik van de DSM IV classificatie voor juridische doeleinden. Vgl. het ‘Waarschuwend voorwoord’ bij de Diagnostische Criteria van de DSM-IV-TR van de American Psychiatric Association.

<sup>48</sup> Vgl. bijv. voor onteigening de hierna opgenomen bijdrage van M.W. Scheltema en E.J. Storm.

## 5. Concreet, abstract, normering?

De ruimte die de wetgever heeft gelaten bij de vaststelling van het bestaan en de omvang van schade heeft weliswaar het voordeel dat de regels die er zijn toepasbaar zijn op zeer uiteenlopende gevallen, maar heeft tevens het nadeel dat er wel erg weinig houvast is bij de waardering van schade. Het verbaast dan ook niet dat er zowel in de rechtspraak als door ‘marktpartijen’ in verschillende opzichten voor is gekozen om meer structuur aan te brengen in de waardering. Het gaat hier soms om een vorm van standaardisering waarbij minder met concrete omstandigheden van de benadeelde rekening wordt gehouden (abstractie van het persoonlijke), soms gaat het om een keuze om schade in een bepaalde vorm te localiseren (abstractie van het daadwerkelijk maken van kosten). En soms is de gekozen methode dwingend, soms laat zij bewijs ten behoeve van concrete afwijkingen toe.

Deze ontwikkeling laat zien dat het in de literatuur gevoerde debat over ‘concrete of abstracte schadeberekening’ veelal uitgaat van een te ongenueanceerd beeld. In de eerste plaats gaat het bij deze abstracties niet om een aspect van ‘rekenen’, maar om de vraag hoe tegen de schade wordt aangekeken, een kwestie van schadevaststelling dus.<sup>49</sup> In de tweede plaats gaat het niet om een harde tegenstelling tussen een ‘concreet’ en een ‘abstract’ begrip schade, maar telkens om de vraag van welke specifieke omstandigheden in het concrete geval al dan niet wordt geabstraheerd.

Abstractie ligt dicht aan tegen normering. Normering wordt vaak opgevat als ‘beperking’<sup>50</sup>, maar is in beginsel niets anders dan het vaststellen ‘volgens een bepaalde norm’. Het is een normatieve invulling van de waardering, waarbij van een regel – ‘het is in de regel zo dat...’ – wordt uitgegaan. Daar kunnen verschillende redenen voor zijn, zoals efficiëntie, het voorkomen van ongelijke behandeling of redelijkheid, en normering kan in verschillende vormen plaatsvinden.

De meest stringente vorm van normering is wellicht de wettelijke normering van de schade wegens vertraging in de voldoening van een geldsom, die in art. 6:119 en 120 BW is gefixeerd op de wettelijke rente. Het gaat hier om een harde vorm van abstractie die volgens de rechtspraak geen ruimte laat voor afwijking in het geval er in werkelijkheid minder of meer schade is geleden.<sup>51</sup> Abstracties vinden verder op velerlei terrein plaats als het gaat om schadevaststelling, zelfs bij het smartengeld. Hoewel het hier bij uitstek gaat om grootheden (pijn, verdriet en gederfde levensvreugde) waarvan de omvang aan de persoon van de benadeelde is gerelateerd, wordt bij de waardering ervan – met instemming van de Hoge Raad – in hoge mate van individuele omstandigheden geabstraheerd:

*‘Bij de bepaling van de omvang van de vergoeding zullen de persoonlijke omstandigheden van de benadeelde een rol spelen, doch de rechter zal de zwaarte van de pijn,*

<sup>49</sup> Aldus uitdrukkelijk A.R. Bloembergen in zijn noot onder HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (Losser/De Vries).

<sup>50</sup> Zie overigens over de normerende werking van limieten in het vervoerrecht de bijdrage van Smeele.

<sup>51</sup> Zie HR 14 januari 2005, NJ 2007, 481 m.nt. Jac. Hijma (Ahold/Staat) en HR 14 januari 2005, NJ 2007, 482 m.nt. Jac. Hijma onder 481 (Van Rossum/Fortis).

*de ernst van het verdriet, het gemis aan levensvreugde en het geschokte rechtsgevoel met name moeten afleiden uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard van het letsel en de gevolgen daarvan voor de benadeelde. De wijze waarop en de intensiteit waarmee het derven van levensvreugde door de benadeelde is of zal worden beleefd, zullen in rechte vaak niet, of niet anders dan zeer globaal, kunnen worden vastgesteld, zodat bij de begroting van het nadeel zal moeten worden geabstraheerd van de concrete beleving en in meer objectieve zin moet worden vastgesteld in welke mate van nadeel als hier bedoeld sprake is.'*<sup>52</sup>

In de praktijk heeft dit geleid tot een hoge mate van standaardisering van vergoedingen aan de hand van verschillende soorten letsels.<sup>53</sup>

Maar ook op andere gebieden, zowel bij zaakschade als bij personenschade, hebben verschillende vormen van standaardisering ingang gevonden. Men denke op het gebied van letsel aan de kilometervergoeding in verband met bezoek, aan de ziekenhuisgeldvergoeding en aan de gestandaardiseerde vergoedingen voor verlies aan zelfwerkzaamheid en studievertraging.<sup>54</sup> Men denke bij zaakschade bijvoorbeeld aan de gestandaardiseerde vaststelling van de restwaarde van beschadigde gebruikte auto's, maar ook aan de meer algemene regel dat bij zaakschade de schade wordt gesteld op de redelijke kosten van herstel, ongeacht of daadwerkelijk tot herstel wordt overgegaan. Overigens kan bij de transportschade door de limitering van aansprakelijkheid per vervoerde eenheid de facto ook van een zekere standaardisering worden gesproken.<sup>55</sup> Voorts kan in dit verband nog worden gewezen op het rechterlijke beleid inzake buitengerechtelijke kosten, dat in het rapport Voorwerk van standaardvergoedingen uitgaat, maar afwijking toelaat in gevallen waarin meer schade is aangetoond.<sup>56</sup>

## 6. Afronding en aankondiging

Het voorgaande laat zien dat de vaststelling van schade vele theoretische en praktische facetten in zich bergt. De fundamenteën van het begrip schade moeten telkens zorgvuldig in het recht worden gezocht, maar de feitelijke informatie die nodig is voor het bepalen van de hoegrootheid verschilt sterk per gebied. Dat geldt ook voor de rol van de deskundigen die de rechter daarbij raadpleegt en dientengevolge ook voor hun positie en betekenis. Op sommige terreinen geeft de rechter de waardering vrijwel geheel uit handen, op andere gebieden is het samenspel tussen rechter en deskundige veel subtieler.

De wetgever en de Hoge Raad zijn op het punt van de daadwerkelijke vaststelling van de omvang van schade spaarzaam geweest met het geven van aanwijzingen, terwijl ook de feitenrechter met dit onderdeel van het geschil doorgaans maar mondjesmaat

<sup>52</sup> Vgl. HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. J.B.M. Vranken (coma), rov. 3.5.

<sup>53</sup> Zie M. Jansen, *Smartengeld, Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2006.

<sup>54</sup> Zie voor deze standaardisering [www.npp.nl](http://www.npp.nl).

<sup>55</sup> Zie nader de bijdrage van Smeele.

<sup>56</sup> Vgl. de rapporten Voorwerk I en Voorwerk II.

in aanraking komt, omdat de vaststelling uiteindelijk veelal tussen partijen buiten rechte plaatsvindt. De schaarste aan kadergevende regels geldt bovendien niet alleen ten aanzien van het materiële recht, maar ook voor het formele recht én voor de positie van en de eisen aan de deskundige als zodanig. Het voorgaande betekent dat de wijze van vaststelling van schade en de rol van deskundigen daarbij in de praktijk veelal ‘in het veld’ vorm krijgt.

Juist vanwege het gebrek aan centrale normatieve invulling van dit gebied van het recht is er aanleiding om te bezien hoe de praktijk zich op verschillende gebieden met deze problematiek redt. Daartoe geeft dit boek een aanzet doordat een aantal auteurs is gevraagd de (*best practices*) op een bepaald terrein voor het voetlicht te brengen. Omdat de rol van de deskundige bij de schadevaststelling in dit boek centraal staat, volgt hierna eerst een verkenning door Van Dijk van de betrokken deskundigen en de stand van het recht ten aanzien van hun positie en de waarborgen voor deskundigheid van hun oordeel.

Hiervoor is al aangegeven dat en waarom de vaststelling van letselschade en de rol van deskundigen daarbij in hoge mate geproblematiseerd wordt. Deze problematiek wordt, zowel theoretisch als praktisch, belicht door Giard, door Hartman en Dekker en door Van Dort. Hun bijdragen tonen vooral het subtiële samenspel tussen rechter en deskundige in het kader van waarheidsvinding en de betekenis van het oordeel van de deskundige voor het recht. Daarna volgen bijdragen over andere specifieke sectoren, te weten onteigening (Scheltema en Storm), bedrijfsschade (Joling), transportschade (Smeele), brand (Drion), milieu (Van de Griendt) en de bouw (Chao-Duivis). Deze bijdragen laten zien hoezeer ieder deelgebied zijn eigen ‘mores’ kent op het punt van de schadevaststelling en hoezeer de accenten in aandachtspunten verschillen.

Nu de vaststelling van schade op het materieelrechtelijke vlak aan een zekere bloedarmoede lijdt verschuift de aandacht deels naar het procesrechtelijke kader. Verschillende aspecten van de rol van de deskundige bij de vaststelling van schade worden vanuit die invalshoek belicht door Verkerk alsmede door De Groot en Akkermans.

De kwestie van de rol van de deskundige bij schadevaststelling is uiteraard niet alleen een Nederlandse, en bovendien niet een uitsluitend juridische. Om die reden wordt door Lyssens een blik in de keuken van de Belgische rechtspraak geboden en beschouwt Dwyer meer fundamenteel de (verklaring voor) de uiteenlopende rollen van deskundigen in verschillende rechtsstelsels. En omdat de deskundige niet alleen behulpzaam kan zijn bij de vaststelling van schade, maar ook zelf schade kan veroorzaken bespreekt Couzy de relevantie van de vraag naar de aansprakelijkheid van de deskundige. Ten slotte volgt een evaluerend betoog van Heslen en Van Maanen, waarin zij verschillende lijnen samentrekken.

De bijdragen aan dit boek zijn deels beschrijvend en deels verkennend van opzet. Dat past bij het stadium waarin de problematiek van de schadevaststelling en de rol van de deskundige daarbij zich in Nederland bevindt: het gaat eerst om het in kaart brengen van de problemen en van ‘*best practices*’ op deelterreinen en pas daarna om het formuleren van ‘oplossingen’. De navolgende bijdragen vervullen daarin ieder hun eigen rol



